

内 容 摘 要

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学 号：200008079

UDC_____

学 位 论 文

中医药传统知识产权保护制度研究

Study on the protection system of Chinese
traditional medical knowledge

蒋 晓 民

指导教师姓名： 丁丽瑛 副教授

申请学位级别： 硕 士

专 业 名 称： 法 律 硕 士

论文提交时间： 2005 年 5 月

论文答辩日期： 2005 年 月

学位授予单位： 厦 门 大 学

学位授予日期： 2005 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2005 年 5 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文而产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年

月

日

内 容 摘 要

由传统知识引出的知识产权问题，指的是在现代知识产权法律保护体系之下，因主张知识产权保护的客体以某种方式利用了属于传统知识的要素，从而引发如何保护这些客体，以及在保护这些客体的同时如何保护传统知识持有者的权益等问题。中医药是我国传统知识的重要组成部分。中医药传统知识是我国人民与疾病斗争过程中形成的智力成果，具有很高的商业价值。但是现有保护医学领域智力成果的知识产权制度是针对西医药建立起来，无法为在不同文化背景和哲学基础上建立、发展起来的中医药提供充分的保护。本文在国际上研究传统知识保护的大背景下，通过分析中医药的特点，从促进中医药可持续发展的角度出发，研究探讨符合中医药特点的保护制度。本文共分四章。

第一章分别分析、归纳传统知识与中医药的涵义与特点，并在此基础上，指出中医药与传统知识保护的关联性。

第二章分别评析了中医药的专利保护模式、中药品种保护模式和商业秘密保护模式等现有知识产权体系中医药传统知识的主要保护方式，指出了它们在保护中医药传统知识中的不足。同时分析了现有中医药传统知识保护体系的局限和存在问题。

第三章分析传统知识和中医药保护的宗旨，提出了原生境发展是中医药的可持续发展方式这一观点。通过分析中医药的两种发展模式，指出了现有的中医药知识产权保护制度的最大缺陷在于扼杀中医药的原生境发展。提出中医药传统知识保护要围绕促进中医药原生境发展这一目标进行。

第四章从传统知识保护的角度出发，提出了中医药传统知识保护制度设计的立法基本原则和价值取向。在借鉴国际保护传统知识经验的基础上，根据中医药自身特点，提出构建中医药传统知识保护制度建议。

关 键 词：中医药；传统知识；保护制度

ABSTRACT

The intellectual property problem arising from traditional knowledge is how to protect the object, claiming intellectual property, which has taken advantage of the elements of traditional knowledge by some means and in the meantime how to protect traditional knowledge rights holders in the modern legal intellectual property protection system. Traditional Chinese medicine is the important part of traditional knowledge of our country. Traditional Chinese medical knowledge which is of great commercial value is the intellectual fruit created by the people of our country through the fights with disease in the past thousands of years. But the existing intellectual property protection system in the medical field is built aiming at the Western medicine. It can not provide sufficient protection for traditional Chinese medicine that based on different culture background and different philosophy. After analyzing the characteristic of traditional Chinese medicine, this article discusses the suitable legal system for the protection of the traditional Chinese medicine in order to promote the sustainable development of the traditional Chinese medicine under the background of international research on the protection of traditional knowledge. There are four chapters in this article .

In Chapter 1 , it analyzes the meaning of traditional knowledge and traditional Chinese medicine, and discovers the relationship between traditional knowledge and traditional Chinese medicine.

In Chapter 2, it separately analyzes the patterns of the existing intellectual property protection system for the traditional Chinese medicine by the patent, Chinese medicine variety and trade secret, and points out the shortages of those patterns in protecting traditional Chinese medical knowledge. In the meantime it also analyzes the limitations and problems of the existing intellectual property protection system in protecting traditional Chinese medical knowledge.

In Chapter3 ,it analyses the aim of the protection for traditional knowledge and

traditional Chinese medicine, and puts forward the point that in-situ development is the sustainable development pattern for traditional Chinese medicine. Contrasting analysis of the two different development pattern of traditional Chinese medicine has shown it clear that the defect of the present intellectual property protection system for traditional Chinese medicine lyes in its strangling the in-situ development of the traditional Chinese medicine. It finally strengthens the point that the traditional Chinese medical knowledge protection system should center on the goal of promoting the in-situ development of the traditional Chinese medicine.

In Chapter 4 , from the aspect of protecting traditional knowledge, it puts forward the principles of the legal system devised for protecting traditional Chinese medical knowledge. Learning to the international experiences of protecting traditional knowledge, it puts forwards some suggestions to set up the legal system for the protection of traditional Chinese medical knowledge.

Key Words : Traditional Chinese medicine; traditional knowledge; protection system

目 录

引 言.....	1
第一章 传统知识与中医药的关系分析.....	2
第一节 传统知识.....	2
一、传统知识的涵义.....	2
二、传统知识的特点.....	3
第二节 中医药传统知识.....	4
一、中医药.....	4
二、中医药传统知识的特点.....	5
第三节 中医药与传统知识保护的关联性.....	9
一、主体的界定问题.....	9
二、作为创新基础的利益分享问题.....	9
三、“非正规创新”的保护问题.....	10
四、传统知识传承者利益与传统知识商业利用的冲突.....	10
第二章 现有的中医药保护模式评析.....	12
第一节 中医药专利保护.....	12
一、中医药专利保护概述.....	12
二、中医药专利保护分析.....	13
三、中医药专利保护存在的问题.....	19
四、结 论.....	21
第二节 中药品种保护.....	21
一、保护条件.....	21
二、品种权人的权利、义务.....	22

三、侵权责任.....	23
四、中药品种保护分析.....	23
第三节 中医药商业秘密保护.....	25
一、商业秘密保护概述.....	25
二、中医药商业秘密保护模式分析.....	26
第四节 现有中医药传统知识保护的局限与存在问题.....	27
一、中医药传统知识被无偿占用.....	27
二、中医药专利权保护及实施在国际上难以实现.....	28
三、中医药传统知识传承者的利益得不到充分保护.....	29
第三章 传统知识保护与中医药发展的互动.....	31
第一节 传统知识保护的宗旨和目标.....	31
一、传统知识保护存在的误区.....	31
二、传统知识保护的宗旨和目标.....	31
第二节 中医药的发展模式评析.....	32
一、中医药传统知识保护的宗旨.....	32
二、中医药的两种发展模式.....	32
三、中医药两种发展模式的比较与选择.....	33
第四章 我国中医药传统知识保护制度设计.....	34
第一节 立法基本原则和价值取向.....	34
一、维护中医药传统知识传承人权益的原则.....	34
二、维护中医药传统知识来源地的物质和精神利益的原则.....	35
三、促进中医药可持续发展的原则.....	36
四、尊重中医药传统理论的原则.....	37
第二节 具体制度构建.....	38

目 录

一、国际上保护传统知识的经验借鉴.....	38
二、具体制度构建.....	40
结 语.....	43
参考文献.....	44

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 the analyse of relationship between traditional knowledge and traditional Chinese medicine	2
Subchapter 1 traditional knowledge	2
Section 1 the meaning of traditional knowledge	2
Section 2 the characteristics of traditional knowledge	3
Subchapter 2 traditional Chinese medical knowledge	4
Section 1 traditional Chinese medicine	4
Section 2 the characteristics of traditional Chinese medical knowledge	5
Subchapter 3 the relationship of the protection of traditional knowledge and traditional Chinese medicine	9
Section 1 the problem of how to judge the subject.....	9
Section 2 the problem of how to share the benefits originated from the base of innovation	9
Section 3 the protection of the “informal innovation”.....	10
Section 4 the conflicts between the traditional knowledge holders’ benefits and the commercial utilization of the traditional knowledge.....	10
Chapter 2 analyse of the existing patterns of protection for traditional Chinese medicine	12
Subchapter 1 the protection of traditional Chinese medicine by patent	12
Section 1 the summary of the protection for traditional Chinese medicine by patent	12
Section 2 analyse of the protection of traditional Chinese medicine by patent	13
Section 3 the problems of the pattern of the protection for traditional Chinese medicine by patent.....	19

Section 4	conclusion	21
Subchapter 2	the pattern of protection by Chinese medicine variety	21
Section 1	the conditions to protect	21
Section 2	the rights and the obligations	22
Section 3	the duty of infringement	23
Section 4	the analyse of the pattern of the protection for traditional Chinese medicine by Chinese medicine variety	23
Subchapter 3	the pattern of protection by trade secret	25
Section 1	the summary of the protection by trade secret	25
Section 2	the analyse of the pattern of the protection for traditional Chinese medicine by trade secret	26
Subchapter 4	the limitations and problems of the exesiting intellectual property protection system in protecting traditional Chinese medical knowledge	27
Section 1	the traditional Chinese medical knowledge was utilized for free	27
Section 2	internationally it is difficult to carry out protection of patent rights of traditional Chinese medicine	28
Section 3	the benefits of the holders of traditional Chinese medical knowledge was unprotected	29
Chapter 3	the interaction of the protection of traditional knowledge and the development of traditional Chinese medicine	31
Subchapter 1	the aim of the protection of traditional knowledge	31
Section 1	the error in the protection of traditional knowledge	31
Section 2	the aim of the protection of traditional knowledge	31
Subchapter 2	analysis of the pattern of the development for traditional Chinese medicine	32
Section 1	the aim of the protection of traditional Chinese medical	

CONTENTS

knowledge.....	32
Section 2 the two patterns of development for traditional Chinese medicine.....	32
Section 3 the comparison and the choice of the two patterns of development for traditional Chinese medicine	33
Chapter 4 the protection system for traditional Chinese medical Knowledge.....	34
Subchapter 1 the principles of the legal system devised for protecting traditional Chinese medical knowledge	34
Section 1 the principle of protecting the traditional Chinese medical knowledge holders' rights	34
Section 2 the principle of protecting the benefits of the origin	35
Section 3 the principle of promoting the sustainable development of traditional Chinese medicine	36
Section 4 the principle of accepting the theory of traditional Chinese medicine	37
Subchapter 2 the system for the protection of traditional Chinese medical knowledge	38
Section 1 the international experiences on the protection of traditional knowledge.....	38
Section 2 the system for the protection of traditional Chinese medical knowledge.....	40
Conclusion.....	43
References	44

引 言

随着现代科技的飞速发展，传统知识的巨大价值日益彰显，同时，人们在充分享受现代科技成果之余，也再次感受到传统文化的可贵。但是，很长一段时间内，传统知识一直被简单地认为属于公有领域，可以任由他人从中获取有价值的成分，而不必考虑其所有者的权益。随着传统知识的价值逐渐被人们认识，国际社会也开始考虑传统知识保护的问题。WIPO 作为负责在世界范围内促进知识产权保护的联合国专门机构，近年来在传统知识保护方面开展了许多研究和讨论。

中医药传统知识是我国人民在长期的劳动、实践和与疾病斗争的经验积累中逐步形成的独特而系统的科学理论和诊疗方法，凝聚着中华民族的智慧，是中华民族优秀传统文化，是我国卫生事业的特色和优势。但是，当人们习惯于用保护智力成果的现代知识产权保护制度来保护中医药传统知识的智力成果时，却遇到了很大的困难。中医药传统知识遇到了传统知识在寻求知识产权保护所遇到的困难。

本文从传统知识角度出发，以促进中医药的可持续发展为目标，研究中医药传统知识保护问题。通过与西医药的对比，归纳中医药的特点，分析现有中医药知识产权保护制度的不足，发现中医药传统知识保护问题的实质，为解决知识产权在保护、促进中医药传统知识可持续发展中遇到的问题，从而探索适合中医药传统知识特点，能促进其可持续发展的最佳保护模式。

第一章 传统知识与中医药的关系分析

中医药是在中国传统文化基础上发展起来的,由于自身的特点造成在寻求现代知识产权保护时遇到很多困难,近年来兴起的传统知识领域问题的研究给中医药传统知识保护带来了新的希望和思路。按照世界贸易组织、世界知识产权组织以及国外已有立法的解释,传统知识包括“民间文学艺术”和“地方传统医药”两大部分。深深打着中华传统文化烙印的中医药,是我国传统知识的典型代表,它的发展和保护过程中同样会遇到国际上传统知识所面临的问题。因此,我们研究中医药的知识产权保护,探索符合中医药自身特点和发展规律的保护制度,就必须在传统知识保护的大背景下进行。

第一节 传统知识

一、传统知识的涵义

“传统知识”还是一个较为复杂,且未获统一解释的概念。世界知识产权组织认为,“传统知识”的最大特点在于其不是系统的,而是根据个体或者集体的创制人对其文化环境和社会环境的回应与交互作用形成的知识。传统知识一词中的“传统”,一个可行的概念可以是基于知识的来源(传统和土著社区)和该知识本身的文化特性,而不是该知识的组成部分的特定内容。因此,“传统”并不意味着相关的知识来自古代。客观地说,人类社会每时每刻都在创制着传统知识;传统知识的创制是人类社会的个体或集体在应对社会环境中各种挑战过程中自然形成的知识与技能。就其利用而言,传统知识同样属于现代知识,因而完全具备享受法律保护的理由。这正是包括我们自身在内的国际社会讨论相关问题的出发点。

Carlos M Correa.传统知识与知识产权[EB/01].
<http://www.biodiv-ip.gov.cn/zsjs/ctzs/ctzsyzyzscq/default.htm>.2004-08-16.

二、传统知识的特点

(一)“传统知识”具有传统性

所谓现代知识,指的是在相当广的范围内具有普遍认同性的知识,是建立在西方的科学、哲学和社会经济制度之上,在当今世界占据主流地位的知识。相比之下,传统知识则指在其产生、发展及应用等方面不具备足够的广泛性,而仅于某些特定的区域、文化环境、群体或活动、仪式中产生并存续,带有鲜明的传统特征,且不符合现代技术标准与法律标准,具有与开发者的群体生活和文化背景密切相关的特征。

(二)传统知识具有群体性和整体性

传统知识及其发展不是靠单个社会成员智慧与灵感完成的,而是由其所在的群体,甚至相关联的多个群体在长期的生产与生活活动中共同完成的。从一定意义上说,传统知识其实是一种与相关群体的生产及生活活动共生共存、永远处于不断完善自我的过程中、外延边界不确定的知识。与此同时,传统知识一般也不是基于某种技术上的分类而独立存在的知识点或知识集合,而是与相关群体的文化背景、宗教信仰、道德观念等相互关联、相辅相承,并由群体成员自然承袭的知识。

(三)传统知识具有延续性和承继性

传统知识并不是静态地固定不变地从一代传给下一代,本质上传统知识是动态的,在应对自然环境和社会条件变化的过程中,不断地发展演进。传统是指其产生方式是基于传统的。而现代知识,尤其是进入法律保护状态的现代知识虽然也都是前人积累下来的知识为基础而开发或创造出来的,但其在法律上都具有相对的独立性,彼此可以清楚的区别开来。

在此,我们必须将“传统知识”与“利用传统知识形成的现代知识”区分开来。凡是具备现代技术与法律规定的形式要件,并可依据法律规定的程序成为受知识产权法保护对象的知识,即使其在一定程度上包含了传统知识

宋红松.传统知识与知识产权[J].研究与探讨,2003,(3):36.

唐广良,董炳和.知识产权的国际保护[M].北京:知识产权出版社.2002.534.

的特征，亦不再属于传统知识；即使是在当代社会生活中逐步形成的“新”知识，只要其与特定人群的传统文化密切相关，且不具备进入现代法律保护范围所应有的特征，依然属于传统知识。

（四）传统知识具有相对公开性和公有性

传统知识是特定群体通过代代相传共同开发、培育的知识集合与知识片断。对于特定群体而言，此类知识是共同掌握、共同拥有的，且大多与群体的生活自然相伴，没有刻意的保密制度或措施。当然，公开与公有并不等于每一个群体成员都能掌握和运用。某些传统知识可能需要专门的智慧和技能方可加以运用，如传统医药知识、巫术与占卜知识等。由此可知，我们所谈论的传统知识属于“相对公开”，并由一个群体中的某些成员掌握和运用的知识，而不是人人皆知，人人会用的基本生活常识。

第二节 中医药传统知识

一、中医药

中医药是传统医药的一种，世界知识产权组织探讨传统知识的相关文件引用了 WHO 对传统医药下的定义：“传统医药系指基于不同文化背景的土著理论、信仰与经验形成的，不论能否解释清楚的，旨在维系健康，并用于防治、诊断、改善或医疗肌体与心理疾病的一整套知识、技能与做法。”

WHO 曾于 2001 年在《传统医药、补充/变通医药的法律地位：全球评论》这份报告中如此介绍中医药：“关于中国传统医药的最早记录可以回溯到公元前几世纪。中医诊断和治疗是以病人本身加上病人症状的一种综合历史观念为基础的，其表述为阴与阳的平衡。阴代表地、寒和雌性。阳代表天、热和雄性。阴阳的运动影响着构成宇宙的五种基本元素：金、木、水、火、土。中医师试图通过 12 经脉控制阴阳的水平，这给身体带来了活力。中医药是整

唐广良.传统知识保护及其面临的问题.[EB/OL].
http://www.cass.net.cn/show_News.asp?id=3658.2004-06-15.

个世界广泛采用的传统医疗手段，在世界各地发挥着作用。”中医药与中国古代传统文化和阴阳五行哲学有着密切的联系。它与世界其它传统医药最大的区别在于，中医药有完整的理论体系支撑，而不仅仅是经验性的草药医学。这是中医药能经得起历史的考验流传下来并且不断地发展的重要原因。

二、中医药传统知识的特点

研究中医药的知识产权保护，则需要对中医药传统知识的性质有全面的认识和了解。在此基础上研究中医药的知识产权保护问题，才能找到问题的实质，从根本上解决知识产权在保护、促进中医药发展中存在的问题，找到一条适合其特点，促进其发展的道路。从哲学体系上说，中医药奉行的是以天人合一、阴阳五行为基础的朴素辩证唯物论。西医药学是在西方哲学及科学的背景下发展起来的，体现还原论的特点，其中西药学的有效成分论就是典型代表。作为极具中国传统文化特色的中医药传统知识，与在世界上占主流地位属于“现代知识”体系的西医药相比，有着自己许多特点。

（一）中药与西药的区别

1、药理不同

中药以药物的寒、热、温、凉四性，酸、苦、甘、辛、咸五味以及归经理论，对药物功效进行评定。是中医运用中国古代哲学思维方式，在总结长期临床经验的基础上由实践到理性的升华的。西药是用化学的方法提取或合成制剂的，物质成分明确。

从现代科学的标准和角度来看，西药的药理药效明确，效用准确，容易在实验室里用各种生化实验来验证。而中药是以自然界的植物、动物、矿物为药物，所包含的成分有几十种甚至上百种，各种成分之间相互作用，一起煎熬后发生化学反应，又产生新的成分，难于锁定具体的化学成分与病症之间的对应关系，因此显得药物作用机理不清。其实这是一种偏见。所谓药物

孙凡.植物药与“现代中药”——中医药的误读[EB/OL].

http://www.tcmgap.com/main_viewdoc.asp?STID=1&AID=3702.2004-08-12.

刘力红.思考中医[M].桂林:广西师范大学出版社,2003.74-75.

关于中医药现代化若干问题的思考[EB/OL].<http://www.100md.com.2004-03-03>.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库